J. rom. m.
218

~~Jurispr. p.~~

~~p. civ.~~

J. rom. m. 218

Ueber
den Unterschied
zwischen
Servituten
und
Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten

von

D. Carl Gebhardt.

Leipzig,
in Commission bey J. G. Heinrich Richter.
1807.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorerinnerung.

Der Glaube an die Translation und Fortdauer der römischen Kaiserwürde auf deutschen Boden, die Absichten der Kaiser bey Einführung fremder Rechte, das Bedürfniß einer reichhaltigern Gesetzgebung, alles dieses hat ohne Zweifel die Aufnahme des Römisch-Justinianschen Gesetzbuchs in Deutschland begünstiget.

Indessen hatte bekanntlich der zunehmende Gebrauch des römischen Rechts den deutschen Patrioten und vorzüglich dem Adel manche Klage abgepreßt, wovon uns auch die auf dem Reichstag zu Mainz im Jahr 1441 übergebene sogenannte Reformation [a]) einen Beweis liefert; und obgleich der Verfasser jenes Projects in seinem Eifer viel zu weit gegangen ist, wenn er den Ausdruck — verkehrte Lehre — auf

a) Müllers Reichstagstheater unter K. Friedrich V. Th. 1. pag. 57. 64. Ueber die Aechtheit dieser ohnehin bloses Project gebliebenen sognannten Reformation, entstanden Zweifel, m. s. darüb. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privat-Recht Bd. I. §. 26. p. 86.

die römische Rechtswissenschaft denken wollte, so war es doch oft eine verkehrte Anwendung jener an sich vortrefflichen Lehre, wenn man dadurch unsere vaterländischen Gewohnheitsrechte verdunkeln, wenn man das römische Recht als ein nur in subsidium entlehntes Gesetz nicht mit derjenigen Behutsamkeit, wozu noch mehrere verdiente Juristen jener Zeit gerathen hatten b), in Anwendung bringen, wenn man sich vielmehr bemühen wollte, der Herrschaft römischer Legislation alles zu unterwerfen, und ursprünglich deutsche den Römern gänzlich unbekannte Gegenstände, wegen der geringsten Aehnlichkeit mit irgend einer römischen Anstalt, allein nach römischen Maasstab zu bemessen, woraus nothwendig auch in Praxi manche zweydeutige, schwankende und schiefe Schlüsse folgen mußten. Diese nicht sehr patriotische, übertriebene Vorliebe für die erlernte Wissenschaft war es ohne Zweifel, die den deutschen Vätern so manche Klage auspreßte, und die der römischen Rechtslehre selbst so manchen unverdienten und unwissenden Tadel zuzog.

Die weisen Männer, denen das römische Recht sein Daseyn zu verdanken hat, haben wohl selbst nicht die stolze Meynung gehabt, daß ihr Werk in allen seinen Theilen, für alle Nationen und für alle Zeiten

b) Fischer Litteratur des germanischen Rechts §. 258.

vollkommen passend seyn würde. Aber auch nur der Unwissenheit kann es entgehen, daß jene Männer für den Gesetzgeber und Juristen einen reichen und bleibenden Schatz von Weisheit hinterlassen haben; und wer könnte es undankbar verkennen, daß wir die dermalige Stufe rechtswissenschaftlicher und gesetzgebender Cultur hauptsächlich der römischen Rechtslehre, ihrem gründlichen Studio und ihrer gründlichen Bearbeitung zu verdanken haben, und daß man an die Stelle des Justinianschen Gesetzbuchs noch nichts in solcher Vollkommenheit zu setzen im Stande war, das uns dasselbe unnütz oder entbehrlich gemacht hätte. In den cultivirtesten Staaten Europens, wo man der Göttin Themis in neuern Zeiten neue Altäre erbaute, bediente man sich zu den Fundamenten römischer Materialien, wenn gleich römische Architectur, die freylich in den Pandecten äußerlich nicht sehr symetrisch ausfiel, im Ganzen nicht beybehalten wurde, wenn man vielmehr die vortrefflichen Gesetze der Vorzeit mit dem heutigen Grad und Gang der Cultur, so wie mit dem Bedürfniß der Zeit, der Nation und der Staats-Verfassung mehr in harmonische Verbindung brachte, um desto kräftiger auf die Gegenwart und Zukunft zu wirken.

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten und der Code Napoléon liefern davon die

deutlichsten Beweise, denn beyde sind auf das römische Recht gestützt. Ohne voraus gegangenes gründliches Studium des römischen Rechts, ist es nicht wohl möglich ein gründlicher preußischer Rechtsgelehrter zu werden, und auch bey Organisirung der neuen französischen Rechtsschulen ist das Studium des römischen Rechts nicht übersehen worden, vielmehr sagt Portiez de l'Oise bey Eröffnung der Pariser Rechtsschule:

„à la tête de l'instruction se place le droit romain, source inépuisable de richesses pour les legislateurs, supplément à tous les codes modernes,"

Der gegründeten Achtung für die römische Legislation ohnbeschadet, wollen wir aber auch unsere ursprünglich deutschen Rechte nicht übersehen. Ich glaube, daß selbst im Rechtssystem ein Unrecht liegt, wenn man Gegenstände, die ihren Grund blos in altdeutschen Sitten und altdeutscher Verfassung haben, allein nach römischen Maasstab messen will; und wie sehr auf der andern Seite das römische Rechtssystem dadurch verunstaltet werden kann, wenn man in dasselbe heterogene Rechte deutschen Ursprungs mit Gewalt zwängen will, davon liefert die Lehre de servitutibus auffallende Beweise, welches mich zu folgender Abhandlung veranlaßt hat.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

§. 1.

Wir haben im römischen Rechtssystem sowohl im Personen- als im Sachen-Recht eine Servitus, folglich in einer sehr verschiedenen Bedeutung.

Im Personen-Recht begreift Servitus die Sclaverey, im Sachen-Recht aber gewisse dingliche, das Eigenthum eines andern einschränkende Rechte in sich.

§. 2.

In Justinians Gesetzbuch befindet sich zwar keine ausdrückliche Definition dieser Servituten. Jedoch ist ihre Wesenheit von Pomponius im L. 15. §. 1. D. de servitutibus sehr bestimmt angegeben worden:

„Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; sed ut aliquid patiatur, aut non faciat."

Ohne dieses charakteristische Merkmal halte ich daher jede Definition einer Servitut, und auch die Helfeldische a) für zu weit; vielmehr würde ich der Dabelowischen Definition:

Dienstbarkeit, Servitut, Servitus rerum ist das dingliche Recht an einer fremden Sache, vermöge

a) Hellfeld Jurisprudentia forens. §. 620

dessen der Eigenthümer an derselben etwas leiden muß oder nicht thun darf" b).

und der Thibautschen Definition:

„Dienstbarkeiten sind dingliche Rechte, welche dem Eigenthümer die Pflicht auferlegen, zum Vortheil eines andern etwas zu unterlassen, oder demselben irgend eine Benutzung, auch sofern es die letzte erfordert, eine Disposition über die Substanz der Sache zu gestatten c).

den Vorzug geben. Diese Definitionen haben legale Fundation, und ziehen genau die Grenzen zwischen andern Rechten auf fremdes Eigenthum.

§. 3.

Die Eintheilung der Servituten in persönliche und dingliche d) kann ich hier blos berühren, indem es aus der Antithese des Titels schon folgt, daß nur die letztern, nämlich die servitutes reales seu praediales, die auch κατ᾽ ἐξοχὴν Servituten genannt werden e), ein Gegenstand dieser Abhandlung seyn können.

b) Dabelow Handbuch des gem. Röm. Deutschen Privatrechts Thl. II. §. 842.

c) Thibaut System des Pandecten-Rechts Bd. II. §. 603. M. s. a. Hofaker Principia iuris Civ. T. II. §. 1081. Heineccii Elementa iur. Civ. sec. Ord. Inst. §. 347. und andere mehr.

d) L. 1. D. de servit.

e) L. 8. D. de servit.

§. 4.

Bey diesen Servituten dient das Gut dem Gute f), nämlich die Substanz eines Grundstücks selbst gewährt für ein anderes Grundstück Nutzen und Vortheil, dessen jedesmalige Gewährung folglich von positiven Handlungen unabhängig ist. Diese Dienstbarkeiten setzen daher zwey Grundstücke g), ein herrschendes, praedium dominans, und ein dienendes, praedium serviens, voraus. Sie gehen, sowohl active, in Absicht der dem herrschenden Grundstücke anklebenden Gerechtigkeit, als passive, in Absicht der auf dem dienenden praedio haftenden, im Leiden oder Nichtthun bestehenden Belästigung, auf jeden Besitzer über h), selbst alsdann, wenn das Grundstück vom Staate eingezogen wird i).

§. 5.

Diese Prädial-Servituten zerfallen wiederum in Servitutes urbanas et rusticas, je nachdem das herrschende Grundstück ein praedium urbanum, ein Gebäude, oder ein praedium rusticum, leerer Platz ist k).

f) L. 12. D. comm. praed.

g) §. 3. J. de Servit. praed. und L. 1. §. 1. D. comm. praed.

h) L. 12. D. comm. praed.

i) L. 23. D. de serv. praed. rust.

k) Anderer Meynung ist Münter von den Servituten. Hannover 1806. §. 13. Er giebt die Beschaffenheit eines praedii dahin an:

„Ist dessen Bestimmung Oekonomie; so stellt es ein praedium rusticum dar; ein urbanum hingegen, wenn

§. 6.

Sie können entweder urbanae oder rusticae seyn, je nachdem es die Natur der Sache und des Gegenstandes

es zu städtischen Zwecken, bürgerlichen Gewerben oder Vergnügungen bestimmt ist.“

Allein §. 1. J. de servitut.

„praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent: ideo urbanorum praediorum dictae, etsi in villa aedificata sint,“

und L. 1. pr. D. Communia praed.

„adificia, urbana quidem praedia appellamus; caeterum, et si in villa aedificia sunt.“

scheinen mir allzudeutlich zu verordnen, daß jedes Gebäude, seine Bestimmung mag seyn welche sie will, ein praedium urbanum ist, folgl. auch alle Servituten, wo das praedium dominans ein aedificium ist, servitutes urbanae sind. L. 180. de Verb. signif.

„tugurii appellatione omne aedificium, quod rusticae magis custodiae convenit, quam urbanis aedibus, significatur.“

giebt blos die Oekonomische Bestimmung eines tugurii an, nichts desto weniger bleibt es Gebäude und ist folglich obigen Gesetzen gar nicht entgegen. Auch L. 198. de Verb. signif. bestätiget jene Gesetze mehr, als daß es ihnen widerspricht.

„urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea quae in oppidis, sed et si forte stabula sint.“

Wie übrigens L. 6. D. d. S. P. R. sagt;

„ut tugurium mihi habere liceret intuo: scilicet, si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi: ut, si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.“

so scheint mir die servitus tugurii keine für sich bestehende, sondern eine bloße accessorische Servitut, der servitutis pascui

erfordert oder zuläßt. Indessen sind einige Servituten schon nach ihrer Beschaffenheit oder gewöhnlich urbane, andere gewöhnlich rusticae.

§. 7.

Daher sind als Servitutes urbanae zu nennen: oneris ferendi l), tigni immittendi m), proiiciendi n), protegendi o), stillicidii vel fluminis recipiendi et non recipiendi p), altius tollendi q), altius non tollendi r), luminum et ne luminibus officiatur s), prospectus et ne prospectui officiatur t), fumi u), cloacae v),

aut pecoris appellendi zu seyn, in so ferne diese rusticae sind, so ist es ihr accessorium natürlich auch, indem dieses kein praedium dominans, sondern bloß ein Ausfluß der auf dem herrschenden Gute haftenden Gerechtigkeit ist.

l) L. 33. de Servit. Praed. Urban.

m) L. 20. D. eod. L. 242. §. 1. D. de Verbor. Signif.

n) eod. L. 2. D. de servit. P. U.

o) eodem.

p) §. 1. J. de S. P. L. 2. D. de S. P. U.

q) eodem.

r) eod. §. 1. J. d. S. P.

s) eod. L. 4. 15. 16. 17. 23. de S. P. U.

t) L. 3. 12. 15. 16. D. de S. P. U.

u) L. 8. §. 5. D. si Servit. vind.

v) L. 7. D. de Servit.

§. 8.

Als servitutes rusticae sind anzuführen: itineris w), actus x), viae y), aquaeductus z), aquaehaustus a), pecoris ad aquam appulsus b), pascui c), compascui d), calcis coquendae e), arenae fodiendae f), cretae eximendae g)

§. 9.

Ohnehin sind die Servituten nicht auf die angeführten Namen eingeschränkt, sondern jede Gerechtigkeit auf der einen — und jede Belästigung auf der andern Seite; die in die römischen Rechts-Principien von Servituten passen, sind als solche anzusehen und zu beurtheilen, insofern nicht Landes- und Polizey-Gesetze entgegen stehn.

§. 10.

Ich habe, mit Berufung auf die einschlagenden Gesetzstellen, die obgenannten Servituten blos kürzlich dem Namen nach angeführt, ohne mich auf die Darstellung ei-

w) L. 1. D. de S. P. R. pr. J. de S. P.

x) y) z) eod.

a) L. 5. §. 1. L. 9. D. de S. P. R. L. 1. §. 1. eod.

b) L. 1. §. 1. L. 4. D. de S. P. R.

c) L. 1. §. 1. L. 3. D. eod.

d) L. 20. D. si servit. vindic.

e) f) L. 1. §. 1. D. de S. P. R.

g) L. 5. §. 1. D. eod.

ner jeden einzelnen einlassen zu können, indem schon der Titel dieser Abhandlung zeigt, daß ich keinen ausführlichen und erschöpfenden Tractat über die Servituten, wie d'Avezan h), Ramos del Manzano i), Martin Pegius k), Dandini l), Syringius m), Westphal n), Münter o), liefern will. Ich muß daher auch die von Feuerbach p) und Dabelow q) neuerdings angestellten Untersuchungen über die Servitus luminum übergehen.

Die bisherige kurze Darstellung hielte ich als Einleitung zur consequenten Ausführung meines Gegenstandes für nöthig. Ich habe aber manche Eintheilung und Bestimmung, nicht aus Nachlässigkeit oder Uebereilung, sondern um deswillen unberührt gelassen, weil sie außer den Grenzen und außer dem Zwecke dieser kleinen Abhandlung

h) d'Avezan, Liber Servitutum, in thes. Meerm. T. IV.

i) Ramos del Manzano de servit. in Thes. Meerm. T. VII.

k) Mart. Pegius Tractatus de servitut. Frankfurth u. Leipzig, 1793.

l) Dandini Interpretationes de servit. Veron. 1741.

m) Syringii i. e. Fr. Schweseri: theatrum Servitutum, Norimb. 1769.

n) Westphal, de libertate et Servitutibus praediorum, Lips. 1773.

o) Münter, von den Servituten. Hannover 1806.

p) Feuerbach civilistische Versuche. Gießen, 1803. I. St.

q) Dabelow über die Servitus luminum, Halle u. Leipzig, 1804.

liegen, folglich den Gesichtspunkt mehr verdunkeln als aufklären würden.

Wohl aber erfordert es der Gegenstand dieses Versuchs, die Haupt-Axiomen von den dinglichen Servituten anzuführen.

§. 11.

Obgleich diese Servituten hauptsächlich ihren Grund in der nachbarschaftlichen Lage der Grundstücke haben, obgleich mehrere Gesetze, und namentlich L. 5. §. 1. D. de S. P. R. von benachbarten Grundstücken sprechen; so läßt sich doch nicht behaupten, daß die Contiguität eine conditio sine qua non wäre, unter welcher ein praedium dem andern dienen oder nützen, und folglich eine Servitut constituirt werden könne; wie L. 14. §. 2. D. de Servit. L. 1. pr. D. de S. P. U., L. 17. §. 2. 3. 4. de Aqua pluv., L. 38. D. de S. P. R., L. 7. §. 1. D. Comm. praed., L. 5. D. si servit. vind. deutlich beweisen.

Nach einer Vergleichung dieser Gesetze und aus dem Geiste der Gesetzgebung klärt sich vielmehr der Satz: praedia debent esse vicina, dahin auf, daß beyde Grundstücke, das herrschende und das dienende, vermöge ihrer Lage nothwendig in einer solchen Beziehung seyn müssen, daß das dienende Gut den beabsichtigten Vortheil gewähren kann, und zwischen beyden Grundstücken nichts dergestalt liegt, wodurch die Gewährung jenes Vortheils und die

Ausübung der Gerechtigkeit verhindert und unmöglich gemacht würde.

Freylich sind beynahe alle benannte Servitutes urbanae, als zum Beyspiel tigni immittendi, oneris ferendi, protegendi, stillicidii etc. ihrer Natur nach nur allein zwischen zwey angrenzenden Grundstücken möglich. Eben so sind verschiedene benannte Servitutes rusticae, als z. B. itineris, actus etc. schon ihrer Natur nach alsdann unmöglich, sobald ein anderes praedium dazwischen liegt, auf dem diese Dienstbarkeiten nicht ausgeübt werden können oder dürfen; daher sagt L. 7. §. 1. D. de S. P. R.

„in rusticis praediis impedit servitutem, medium praedium quod non servit.“

Bey denjenigen Servituten aber, die ihrer Natur nach nicht absolut eine genaue Nachbarschaft oder Contiguität erfordern, schadet die Dazwischenlage eines freyen fundi nichts, so lange nur dadurch die Ausübung der Gerechtigkeit nicht behindert oder gar unmöglich gemacht wird, wie die angeführten Gesetze, und namentlich L. 5. D. si servit vind. deutlich beweisen; das letztere Gesetz sagt:

„et ideo si inter meas et Titii aedes, tuae (aedes) intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis.“

Aus der ganzen Lehre von dinglichen Servituten, erhellet indessen, daß sie ihren Entstehungsgrund in einem gewissen nachbarlichen oder Local-Verhältnis zweyer Grund-

stücke haben, in einem gewissen Bedürfniß des einen, die Dienstbarkeit von dem andern zu erlangen, und in einer von Natur paßlichen Lage oder Beschaffenheit des letztern, zum Nutzen und Vortheil des erstern etwas zu leiden oder nicht zu thun.

§. 12.

Wenn man daher aus LL. 38. und 39. D. de servit. Pr. U. auf alle Servituten die Regel ausdehnen wollte: daß nicht allein beyde praedia vicina, sondern auch in conspectu seyn müßten r); so hat man der römischen Legislation eine Subtilität andichten wollen, an die sie nie dachte, wie schon aus dem Bishergesagten ersichtlich ist. Die angeführten LL. 38. und 39. sprechen offenbar nur von solchen Dienstbarkeiten eines Hauses, deren Ausübung durch eine allzugroße Distanz der Gebäude oder durch das Hervorragen eines dazwischen gelegenen praedii ohnmöglich würde.

§. 13.

Da die Real-Servituten hauptsächlich ihren Entstehungsgrund darin haben, daß beyde Grundstücke schon durch ihre natürliche Lage gleichsam dazu bestimmt sind, eines dem andern zu dienen s); da hier nicht von Personal- sondern von Grund-Gerechtigkeiten die Rede ist, so drängt

r) Leyser spec. 107. med. 1.

s) Zachariae von dinglichen Servituten §. 12. f. in Hugos juristischen Magazin B. 2. S. 14. p. 343.

sich von selbst der Grundsatz auf: daß bey dinglichen Servituten nicht blos der zufällig persönliche Nutzen des Erwerbers, sondern daß immer einiger, mit dem praedio selbst verknüpfter Vortheil zum Grunde liegen muß t).

Aus L. 3. pr. D. de aqua quot. und aus L. 19. D. de serv. wollte man zwar den angeführten Grundsatz in Zweifel ziehen, indem dort auch blos de servitutibus amoenitatis causa die Rede wäre.

Allein bey einer genauen Erwägung und Zusammenstellung dieser Gesetze ergiebt sich, daß sie den obaufgestellten Grundsatz keineswegs widerlegen, sondern ihn vielmehr bestärken, nämlich: daß zwar bey Servituten auch blos durch bleibende Annehmlichkeit ein Nutzen verschafft, daß dieser aber nicht in blos kindischer Liebhaberey und Caprice bestehen kann u), sondern dem Grundstücke bleibend zu Gunsten kommen muß, wen es eine dingliche Servitut und nicht eine blose Personal-Vergünstigung seyn soll v).

t) Lex 15. D. de servit.

u) L. 8. D. de servit.

v) Thibaut Versuche, 1r Bd. 1e Abh.
Huber, praelectiones lib. 8. tit. 1. No. 6.
Hofaker principia iur. civ. th. 2. §. 1083.
Zachariae a. a. O. §. 5. 6.
Höpfner, Cammentar §. 347.
Westphal, de libertate et servitutib. praedior. §. 589.

Der wahre Sinn der allegirten L. 3. pr. D. de aqua quot. u. L. 19. D. de servit. erklärt sich nicht blos aus der in diesen Gesetzen selbst angeführten Servitus aquaeductus, sondern auch aus der servitus ne prospectui officiatur sehr deutlich. Diese Servitut kann nämlich dem jetzigen Besitzer vielleicht weder zum wirklichen Vortheil noch zum Vergnügen gereichen, allein sie kann das eine oder das andere als eine im Grunde allgemeine Amönität, künftigen Besitzern gewähren, und folglich dem Grundstücke selbst zum bleibenden Vortheil und zur Erhöhung des Werths gereichen. Daher erklären sich obige Gesetze und die mit den Grundstücken selbst verknüpfte Servitutes amoenitatis causa: quaedam enim habere possumus, quamvis ea Nobis utitia non sunt, sagt L. 19. und weit entferat, daß diese servitutes amoenitatis causa den Grundsätzen von Prädial-Servituten widersprächen, so hängen sie vielmehr genau mit denselben zusammen.

§. 14.

Aus den bisher entwickelten Grundsätzen und aus dem Begriff von Grundgerechtigkeiten, wo das predium dem praedio, folglich durch sich selbst, durch seine natürliche Beschaffenheit oder Lage nützlich ist, folgt an sich der Grundsatz: daß der aus einer Servitut zu erwartende und zu gewährende Vortheil, den Grundstücken selbst inhäriren, daß die Bedingung, von welcher die Ausübung der Servitut ihrer Möglichkeit nach abhängt, durch die Natur der Grundstücke gegeben und mithin mit diesen Grundstücken

selbst immerwährend vorhanden seyn müsse w), daher sagt L. 28. D. de servit. praed. urb.

„omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent.“

Da übrigens bey Prädial-Servituten nicht von blossen persönlichen Vortheilen die Rede ist, sondern dadurch einem Grundstücke selbst ein nützliches Recht erworben wird, zu dessen Ausübung blos die Existenz eines dienstbaren Guts, welches diesen Vortheil an sich gewähren kann, erforderlich ist, so liegt auch hierin und in der perpetuirlichen Existenz des praedii servientis eo ipso der Begriff einer perpetuitatis causae.

Vermöge dieses Grundsatzes konnte man sich nach der ältern Gesetzgebung nicht einmal das Recht, aus einem stagnirenden See, der keine Quellen hat, das Wasserschöpfungs-Recht als eine Real-Servitut einräumen lassen x). Allein die neuere Gesetzgebung y) hat dieses abgeändert, indem sie wohl einsah, daß, auch ohne beständige Quelle, bey einem stehenden See rc. dennoch die Natur fortwirken und folglich eine causa perpetua vorhanden seyn könnte.

w) Zachariae a. a. O. §. 13.

x) L. 28. D. de S. P. U.

y) L. 9. D. de S. P. R.

Das neuere Gesetz brachte daher die angeführte L. 28. mit sich selbst in größere Uebereinstimmung, indem diese sagt:

„at quod ex coelo cadit, et si non assidue fit, ex naturali tamen caussa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur.“

Ohngeachtet dieser Verbesserung in der neuern Gesetzgebung kann ich mich aber doch nicht überzeugen, daß die ganze Regel: servitutes causam perpetuam habere debent, aufgehoben sey, vielmehr bin ich, nach dem Bisshergesagten überzeugt, daß dieser Satz von selbst schon im Geiste der Legislation von dinglichen Servituten liegt, nicht zu gedenken, daß wir darüber die deutlichsten Gesetze haben.

§. 15.

Nach der bisherigen Erörterung ist es eine consequente Folge, daß es in der Regel keine Servitutes temporales giebt;

Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gr. quamdiu volam) constitui possunt,

sagt L. 4. D. de servit.

War jedoch eine Servitut unter solchen Einschränkungen zugestanden, so stand nach eben diesem Gesetz, dem domino praedii dominantis die exceptio doli vel pacti entgegen, wenn er diese Einschränkungen überschreiten wollte. In wiefern aber der nachfolgende Eigenthümer

(successor singularis) nicht verbunden ist, die Handlungen seines Vorgängers anzuerkennen, insofern wird immer eine bey Errichtung der Servitut gemachte Bedingung ohne Wirkung seyn z).

Sub modo können aber die Dienstbarkeiten errichtet werden, denn der modus hat allerdings keinen Einfluß auf die temporäre oder nicht temporäre Existenz der Servituten, eben so wenig als die Bestimmung, an welchen Tagen und zu welchen Stunden die Servitut ausgeübt werden könne. Dieß sind bloße Modificationen, die der Dauer der Gerechtigkeit kein Ziel setzen. Das angeführte Gesetz sagt daher ferner:

„intervalla dierum et horarum, non ad temporis caussam sed ad modum pertinet."

§. 16.

Da die Servitut auf Grund und Boden selbst haftet, so haftet sie auch auf allen Theilen des dienstbaren Grundstücks a).

Daher findet auch bey den Servituten die Gerechtigkeit und Verbindlichkeit in solidum statt b).

z) Zachariae, a. a. O. §. 17.
Köchy, Commentar über die Pandekten §. 665.

a) L. 33. §. 3. D. de S. P. R.
L. 21. eod. L. 8. §. 1 D. de servit.

b) L. 17. D. de servit. L. 7. Dig. de servit. leg.

§. 17.

Aus dem vorhergehenden Paragraphen darf jedoch der Schluß nicht gezogen werden, daß der Berechtigte die Servitut zur Ungebühr extendiren und sie ohne alle Rücksicht des für das dienstbare Gut entstehenden Schadens, blos willkührlich ausüben dürfe. Es ist vielmehr darauf zu sehen, daß zwar der Berechtigte den in der Natur der Dienstbarkeit liegenden Vortheil vollkommen erhalte, daß aber, wenn derselbe auf verschiedene Weise gleichmäßig erreicht werden kann, dieses auf eine für das dienstbare Grundstück am wenigsten schädliche Weise geschehe, und daß darüber etwas festgesetzt werde c).

> cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento.

sagt L. 9. D. de servit.

Der einmal gewählte Weg, das Röhren- und Graben-Werk darf folglich nicht nach Willkühr verlegt werden d).

§. 18.

Daher darf auch eine Servitut nicht über den Nutzen des herrschenden Guts ausgedehnt werden e), welches besonders bey der Triftgerechtigkeit von wichtigen Folgen ist f).

c) L. 13. §. 1. D. de S. P. R.

d) L. 9. de S. P. R. L. 11. D. quemadm. serv. aammitt.

e) L. 5. de S. P. R.

f) Gmelin u. Ellsaesser Beobachtungen, 3 B. 13. St. Hoepfner Commentar §. 347. not. 3.

§. 19.

Es kann auch dem Herrn des dienstbaren Guts im Ganzen eine Concurrenz bey Benutzung der Sache nicht abgesprochen werden, wenn der Berechtigte nicht auf etwas ganz Bestimmtes ein Recht hat g), welches z. B. bey der Kuppelweide h) von erheblichen Folgen seyn kann.

§. 20.

Aus der bisherigen Erörterung ist es von selbst einleuchtend, wie philosophisch-consequent und wie praktisch-richtig und wichtig der in der Definition aufgestellte Hauptgrundsatz: servitus in faciendo non consistit, mit dem ganzen Wesen von Servituten verbunden ist; denn wenn die jedesmalige Gewährung des aus einer Dienstbarkeit entspringenden Vortheils von positiven Handlungen und Mitwirkungen oder von persönlichen Prästationen des domini praedii servientis abhängig wäre, wenn sich dieser Vortheil nicht vielmehr in der Beschaffenheit oder Lage des Guts gründete, und nicht aus eben dieser Beschaffenheit oder Lage von selbst folgte, so würde es etwas ganz anderes als eine Prädial-Servitut seyn.

g) L. 15. D. de servit. praed. rustic. L. 6. C. de Servit. et aqua.

Thibaut System des Pandect. Rechts, Th. 2. §. 604.

Bodinus de iure domini in praedio serviente.

h) Münter a. a. O. §. 83.

Hofacker, principia iur. civ. Th. II. §. 1105.

Rivinus, de aequali iur. domin. et serv. praed. si pascua non sufficiant. Lips. 1738.

Indessen hat dieser Grundsatz von jeher den Juristen viel zu schaffen gemacht, indem sie glaubten, erst einen vernünftigen Grund desselben aufsuchen zu müssen.

Einige sagten: Servitutem Res debet, non Persona, Res autem facere non potest.

Darauf erwiederten andere: daß dieß so viel als nichts gesagt wäre, denn eben so wenig ließe sich behaupten, quod res pati aut non facere possit, und wenn gleich eine Sache nichts thun könne, so könnten es doch die Besitzer derselben i).

Andere behaupteten: der Satz Servitus in faciendo non consistit, widerstreite der deutschen Billigkeit.

Dieß möchte jedoch bey einer wissenschaftlichen Beurtheilung des römischen Rechtssystems in keinen Betracht kommen, und in praxi müßte sich der große Nachtheil namentlich in der consequenten Lehre von Servituten zeigen, wenn diejenigen, die dazu bestimmt sind, die Gesetze practisch anzuwenden, ihre selbstbeliebige Weisheit an die Stelle der weisen Gesetzgebung setzen wollten oder dürften. Wir würden ein wunderseltsames Zwitterding erhalten, das vielleicht in guter Absicht und aus lauter Billigkeit die größten Ungerechtigkeiten, unbestimmtes willkührliches Recht,

i) Höpfner Commentar §. 351.
Köchy Commentar §. 659.

und folglich den grösten Nachtheil für das allgemeine Beste erzeugen müßte.

Ueber den Grund des Satzes: servitus in faciendo non consistit, haben wir dem Herrn Professor Thibaut k) eine vortrefliche Entwickelung zu verdanken, wovon ich nur folgendes anführe:

„Es waren zwey Hauptgrundsätze des römischen Rechts: niemand kann aus den Verträgen oder einseitigen Handlungen eines dritten vollkommen berechtiget und eben so wenig vollkommen daraus verpflichtet werden.“

Ganz anders verhält es sich, wenn den Besitzern des herrschenden Guts erlaubt wird, gewisse Eigenthumsrechte an dem dienstbaren Gute auszuüben, oder der Eigenthümer des letzten sich der Ausübung gewisser Rechte begiebt. Jeder ist befugt, von seinem Eigenthume so viel wegzugeben als ihm beliebt. Sind Theile von dem Eigenthum abgerissen, so ist der vorige Eigenthümer in Rücksicht derselben dem jetzigen Innhaber nicht weiter verpflichtet, als jeder andere: nämlich er darf dem letztern nicht in der Ausübung seines Rechts hinderlich seyn, sein Recht nicht durch Eingreifen in das Recht des andern, über den Umfang desselben ausdehnen, z. B.

k) Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. pag. 31. u. f. a.

Schömann Handbuch des Civil-Rechts B. 1. pag. 378.

nicht höher bauen, wenn dieses Recht nicht mehr in seinem Eigenthum enthalten ist. Wird daher das dienstbare Gut verkauft, oder derelinquirt und occupirt: so kann der Successor singularis weder durch Kauf, noch durch Occupation mehr erhalten, als vorhanden ist.

Herr Professor Thibaut hat uns hier zuerst mit Consequenz und Scharfsinn gezeigt, daß der oft angeführte Satz, servitus in faciendo non consistit, mit der Theorie des Rechts nicht im mindesten im Widerspruch steht, daß er vielmehr aus derselben ganz natürlich fließt. Und ich bin, nach der bisherigen Erörterung, fest überzeugt, daß jener Grundsatz mit dem ganzen Wesen von Real-Servituten zugleich practisch (confr. §. 40.) so innig verwebt ist, daß, wenn wir es versuchen wollten diese Regel wegzunehmen, das ganze mit so viel practischer Philosophie construirte Gebäude von Servituten zusammenstürzen und nicht mehr als das erkenntlich seyn würde, was römische Consequenz unter Prädial-Servituten versteht.

Wenn daher der fragliche Grundsatz nicht namentlich im römischen Recht ausgedrückt wäre, so würden wir mit Recht den Grund dieser Lücke auffsuchen, und wir würden alsdann auf dem Wege der Analyse finden, daß der so oft verkannte Satz, servitus in faciendo non consistit, im römischen Rechtssystem von Prädial-Servituten von selbst liegt, und von demselben unzertrennlich ist.

Der Eigenthümer des praedii servientis ist blos verbunden, die Ausübung der Dienstbarkeit ungestört geschehe-

hen zu lassen, und sich aller Beeinträchtigungen zu enthalten, wodurch diese Ausübung erschwert oder gar unmöglich würde l). Er muß daher auch die sogenannten adminicula servitutis gestatten, und alles leiden, was zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthig ist m).

§. 21.

Der im vorhergehenden Paragraphen entwickelte Grundsatz involvirt schon die Regel: daß dem Berechtigten und nicht dem Herrn des dienstbaren Guts das onus reficiendi obliegt; L. 6. §. 2. D. si servitus vindicetur sagt deutlich:

„nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit.“

Ist jedoch darüber etwas vertragsmäßig festgesetzt, so bleibt es dabey, insofern der Vertrag bündig ist n).

Indessen dissentiren die Rechtsgelehrten über die obaufgestellte Regel einigermaßen.

l) L. 5. C. de servit. L. 9. pr. D. si servit. vind.

m) L. 10. D. de servit. L. 1. §. 6. 7. 8. D. de rivis L. 3. §. 16. D. de itin. actuque priv. L. 6. §. 5. D. si servit. vindic. L. 11. pr. D. §. 1. comm. praed.

Braun, de adminiculis servit. Erlang. 1750.

n) L. 6. §. 1. D. si servit. vind.

Einige halten sich genau an dieselbe: daß nämlich der Eigenthümer des herrschenden Guts in allen Fällen die Ausbesserung übernehmen müsse o).

Nach andern ist vermöge L. 33. D. de serv. P. U. u. L. 8. §. 2. D. si servit. vindic. eine Ausnahme dieser Regel bey der servitus oneris ferendi, die daher häufig anomala genannt wird p).

Heisler behauptet: man müsse unterscheiden, ob der Gegenstand dem Eigenthümer des herrschenden Guts oder dem Eigenthümer des dienstbaren Guts zugehöre. In jenem Falle müsse der dominans, in diesem hingegen der serviens repariren. Indessen hat er in der zweyten Abhandlung über diesen Gegenstand seine Meynung dahin abgeändert: daß in allen und jeden Servituten die Reparaturen und Reparaturkosten dem Eigenthümer und Besitzer des dienstberechtigten Grundstücks zur Last fallen, dahingegen der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks ohne Unterschied, ob die zu reparirende Sache ihm zugehört oder nicht, damit gänzlich zu verschonen sey q).

Andere sagen: richtiger ist, daß keiner, weder der Herr des dienstbaren noch des herrschenden Guts dem an=

o) Huber, praelect. tit. de serv. No. 2. pag. 800.
Heineccius, elementa iur. civ. sec. ord. inst. §. 353. u. 357.
Böhmer, introd. in iur. Dig. lib. 8. tit. 2. §. 2.
Schaumburg, comp. iur. dig. lib. 8. t. 2. §. 2. n. 2.

p) Lauterbach, colleg. pand. tit. de serv. P. U. §. 2.
Coccei ius civ. controv. lib. 8. tit. 1. Q. 11.
Koch, de iure viciniae Cap. 3. §. 5. Nota 9.

q) Heisler juristische Abhandlungen und Erörterungen Samml. 1. No. 1. u. 2.

dern zu der Reparatur verbunden ist, keiner den andern dazu zwingen kann. Will indessen der Eigenthümer des Gebäudes es nicht einfallen lassen, so muß er freylich seines eigenen Vortheils wegen das fundament repariren r)

Die obangeführten LL. de servit. praed. urb. etc., nach welchen bey der servitus oneris ferendi der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks die Säule oder die Mauer, auf welchen das Gebäude des andern ruht, wieder herstellen soll, erklärt Herr Prof. Zachariae folgendergestalt:

„ich erkläre mir die Sache so: durch die servitus oneris ferendi wurde die Mauer des andern zu einem Theile meines eigenen Hauses. Sollte mein Haus fortdauern, so mußte auch diese Mauer im baulichen Wesen erhalten werden. Konnte ich, vermöge dieser Servitut, die Mauer des andern als einen Theil meines Eigenthums betrachten, so konnte ich sie auch, wenn sie baufällig war, wieder herstellen. Mithin war die Verbindlichkeit des andern, diese Mauer zu erhalten, keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig war, um das Eigenthum davon, ohngeachtet jener Servitut ferner zu behaupten. Jetzt wird man den Ulpian verstehen, wenn er in dem fr. 8. §. 12 D. s. s. v. sagt, locum habet haec actio ad compel-

r) Höpfner, Comment. §. 357. u. Webers Anmerkungen dazu No. 5.

Strube rechtl. Bedenk. 4. B. 158. Bed.

Hellfeld iurisprud. forens. §. 667.

lendum vicinum, reficere parietem *Meum*; warum er hingegen auf die servitus imittendi dieses nicht ausgedehnt wissen wollte s).

Es liegt außer dem Zwecke dieser kleinen Abhandlung, mich auf jene Controvers weitläuftig einlassen zu können, indem sie dem Systeme selbst keinen Abbruch thut; denn es mag nun entweder keiner der Besitzer dem andern zur Refection verpflichtet seyn, und solche lediglich von demjenigen abhängen, dem an Erhaltung des Objects gelegen ist; oder es mag bey der servitus oneris ferendi die Last der Refection dem Herrn des dienstbaren Grundstücks aus den von Zachariä angegebenen Gründen, oder weil das Gesetz bey Errichtung dieser Servitut einen stillschweigenden Vertrag in Absicht der Refection annimmt t), als folgerechte Ausnahme von der Regel obliegen, so bleibt immerhin der Grundsatz: daß das onus reficiendi dem domino praedii dominantis obliegt, als Regel feststehen. Ueberhaupt kann diese ganze Controvers, nach meiner unvorgreifenden Meynung, mit dem Grundsatz, servitus in faciendo non consistit, um so weniger in Widerspruch stehen, je deutlicher die Worte des Gesetzes: servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat, dahin gehen: daß der aus den Servituten fließende Vortheil oder der Effect der Servitut, nicht in positiven Handlungen, sondern in Restrictionen der Eigenthums-Rechte des domini praeservientis besteht.

s) Zachariae a. a. O. §. 10.

t) Hofacker, principia iuris civ. th. II. §. 1807. n. 6.

§. 22.

Da es weit außer den Grenzen dieser kleinen Schrift liegt, die Materie von Servituten ausführlich und erschöpfend zu behandeln, so habe ich manche Bemerkungen übergangen, die aus den Haupt-Grundsätzen von Real-Servituten von selbst fließen; so z. B. liegt der Grundsatz: res propria non servit, schon in der Definition von Servituten.

Ich übergehe daher auch die Entstehungs- und Erlöschungs-Arten der Dienstbarkeiten um so mehr, als sie sich schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben.

Daher lasse ich auch die Regeln:

daß nur der Eigenthümer eines Grundstücks demselben eine Servitut erwerben könne u).

und

daß im Gegensatz nur der Eigenthümer oder mehrere Eigenthümer insgesammt ein Grundstück dienstbar machen können v).

unerörtert, indem diese Grundsätze, meines Erachtens, nicht sowohl aus der systematischen Lehre von Servituten fließen, als auch schon im strengen Rechtsbegriffe vom Eigenthum liegen; denn die Errichtung einer dinglichen Servitut ist eine Verfügung über die Substanz, die nur den wirklichen Eigenthümern derselben zustehen kann.

u) L. 1. §. 1 comm. praed.

v) L. 1. §. 1. D. comm. praed. L. 2. D. de serv. L. 34. D. de servit. praed. rustic.

§. 23.

Die bisherige Erörterung wird mir hoffentlich nicht so ausgelegt werden wollen, als ob ich mir anmaßte, aus den Grundsätzen von dinglichen Servituten eine förmliche systematische Entwickelung darlegen zu wollen. Dem Zwecke und dem Gegenstande dieser kleinen Abhandlung gemäß, mußte ich jene bekannten Grundregeln allerdings voraus schicken, und zugleich konnte ich meine Ueberzeugung nicht bergen, daß ich in den römischen Grundsätzen von Prädial-Servituten unmöglich ein leeres Subtilitäten-Gebäude, vielmehr eine mit philosophisch-praktischer Consequenz behandelte Lehre erblicken kann, die nur alsdann mißverstanden oder vielmehr nicht verstanden und verkannt werden kann, wenn man dem Scharfsinne der weisen Väter nicht die gebührende Achtsamkeit schenken will.

Wenn auch die römische Rechtslehre von Prädial-Servituten kein vollkommenes Gebäude ist; so sind immerhin die Fundamente vortreflich, vielleicht unverbesserlich, und es würde daher löblicher und zweckmäßiger seyn, im Geiste der classischen Baumeister das Werk vollenden zu suchen, (wovon uns der Code Napoleon namentlich auch in der Lehre von Servituten ein Muster giebt) als es in seinen Grundfesten zu erschüttern, und ein schwankendes Ding hervorzubringen, aus dem jeder nach eigener Weisheit machen kann, was ihm beliebt.

Es thut dem Herzen wehe, wenn man den verdienstvollen Leyser von den Haupt-Axiomen der römischen Lehre von dinglichen Servituten sagen hört:

„at vanas istas et superfluas subtilitates ridemus hodie nec in foro attendimus w).

Eine Sprache, die vielleicht von tausend Zungen nachgelallt und vielleicht auch tausendfach praktisch angewendet worden ist.

§. 24.

Solche Phänomene lassen sich nur dadurch erklären, daß die gegründete Achtung für die römische Legislation häufig in eine Affenliebe ausartete, die alles, auch unsere ursprünglich nationalen Rechtsgegenstände nach römischen Maaßstabe bemessen und in das römische Rechtssystem zwängen wollte. Insofern nun die Grundsätze allzu heterogen waren, so warf man lieber wieder das römische System über den Haufen, und erdrückte so den Liebling aus lauter Zärtlichkeit.

Von diesem sonderbaren Kreislauf haben wir ein Beyspiel in der vortreflichen Lehre von Prädial-Servituten, die häufig in ihren Grundfesten erschüttert und unkenntlich gemacht worden ist, um das Vergnügen zu haben, unsere deutschen Zwangs- und Banngerechtigkeiten in der römischen Lehre de servitutibus paradiren zu sehen.

§. 25.

Zwangs-Gerechtigkeit ist die gewissen physischen oder moralischen Personen zustehende, oder mit dem

w) Leyser, spec. 107. medit. 1.

Besitz eines Grundstücks verbundene Befugniß, den ihr unterworfenen Personen, die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bey jedem andern, als dem Berechtigten, zu untersagen. Insofern diese Befugniß den Berechtigten gegen alle Einwohner eines Bezirks, oder gegen gewisse Klassen derselben zusteht, heißt sie ein Bannrecht x).

§. 26.

Unwillkührlich drängt sich die Frage auf, was diese Privilegien und Monopolien mit Prädial-Servituten gemein haben sollen? und doch wurden und werden sie häufig für Servituten angesehen und als solche practisch beurtheilt.

Man schien sich oft keinen Begriff davon machen zu können, daß diese den Römern gänzlich unbekannten Zwangsrechte ihrer eigenen Natur gemäß, rechtlich beurtheilt werden konnten und mußten. — Man dachte häufig nicht so consequent wie Herr Prof. Dabelow y) daß diese Zwangsgerechtigkeiten im römisch-deutschen Rechtssystem immerhin einen Platz, jedoch als besondere Species des dingli-

x) Anmerkung. Dieß ist der Begriff von Zwangs- und Banngerechtigkeiten, den das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, Theil I. Tit. 23. §. 1. 2. 3. 4. aufstellt und den ich beybehalten habe, indem das preußische Gesetzbuch als ein Depôt unserer deutschen Gesetz- und Rechts-Trümmer angesehen werden kann.

y) Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts, Th. 2. §. 715. Hptst. 2, Abschn. 2. Tit. 5. §. 896.

chen Rechts einnehmen könnten. — Es gab sehr würdige, einsichtsvolle und gelehrte, aber oft zu sehr entetirte Rechtsgelehrte, denen der Gedanke unerträglich war, irgend etwas ohne römische Norm einer juristischen Beurtheilung zu unterwerfen. — Es gab Zeiten, wo alles, was auf den Schutz der Gerechtigkeit Anspruch machen wollte, das römische Maaß und den römischen Leisten passiren mußte, und dieses Schicksal hatten denn auch unsere deutschen Zwangs- und Banngerechtigkeiten.

In sofern sie eine Einschränkung der natürlichen Freyheit enthalten, so glaubte man sie am schicklichsten und leichtesten in die Rubrik von dinglichen Servituten einschalten zu können; und in sofern man das eigentliche Wesen dieser Servituten gänzlich aus den Augen verlor oder verlieren wollte, und den Begriff derselben sehr ausgedehnt dahin annahm, daß sie eine Einschränkung der natürlichen Freyheit sind, so glaubte man über die meisten römischen Grundsätze von Prädial-Servituten hinwegspringen oder gar aus denselben eine Uebereinstimmung mit unsern Zwangsrechten fingiren zu können.

Indessen blieb der wichtige und wesentliche Grundsatz: servitus in faciendo non consistit, der mit den im Grunde auf bloßen willkührlichen Handlungen beruhenden Zwangsgerechtigkeiten im geraden Widerspruche steht, noch ein Hauptstein des Anstoßes, den man jedoch dadurch leicht zu heben wähnte, daß man, mit Festhaltung des Begriffs von Servituten, ohne weiteres erklärte: daß nach deutschen Rechten eine Servitut in faciendo bestehe, und so erhielten

wir denn auch noch servitutes reales in faciendo consistentes, [z] worüber Vater Pomponius wohl den Kopf geschüttelt haben möchte.

Leyser hat uns eine Menge gründlicher Meditationes ad pandectas hinterlassen, und es ist daher von diesem gründlichen Gelehrten um so mehr zu verwundern, daß er den vorliegenden Fall wahrhaft cavalierement zu behandeln wußte, denn er erklärt den Grundsatz, servitus in faciendo non consistit, ohne weiteres für abgeschmackt und lächerlich, [a] und so war freylich die Sache auf eine sehr gründliche Weise abgemacht, und die Zwangsgerechtigkeiten als Servituten festgestellt.

Daß aber, in sofern durch diese neuerschaffenen so betittelten Servituten dem römischen Grundsatze selbst Ausnahmen und Abänderungen aufgebürdet werden wollen, offenbar bloße aequivoca mit wirklichen speciebus verwechselt und vermischt werden, darüber hat sich schon Herr Prof. Weber in einer kraftvollen Sprache geäußert [b].

z) Titius de servitute faciendi. Lips. 1710.

Gerhard de servitutibus in faciendo consistentibus. Ienae 1710.

Klügel, de differentiis iur. romani in materia de rerum servitute etc. Wittenberg 1794. u. a. m.

a) Leyser spec. 375. Vol. 6. pag. 909. not. b.

b) Weber Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des römischen Rechts in deutschen Gerichten §. 7. (in dessen Versuchen über das Civil-Recht p. 35.

§. 27.

In allen Lehr= und Handbüchern, in welchen von servitutibus in faciendo consistentibus die Rede ist (die ich jedoch alle namentlich anzuführen in mancher Hinsicht für überflüssig halte) werden Titius und Gerhard als Haupt=Gewährsmänner angeführt, und diese Gelehrte haben in einer langen Reihe von Jahren eine so große beinahe observanzmäßige Auctorität in der vorliegenden Materie erlangt, daß es nicht allein der Mühe werth, sondern daß es auch, dem Inhalte dieser kleinen Abhandlung gemäß, meine Pflicht seyn wird, die beyden Schriften des Titius und Gerhard kürzlich zu berühren und sodann meine Meynung darüber im allgemeinen unvorgreifend mitzutheilen.

§. 28.

Titius a. a. O. macht der römischen Rechtslehre von Servituten den Vorwurf der Subtilitäten=Krämerey, und glaubt, daß sie häufig von der Wahrheit abweiche, welches er durch die L. 15. D. de usufr.[c]; durch die Grundsätze, daß die Servitut auf allen Theilen des Grundstücks hafte, daß sie nicht über den Nutzen des herrschenden Guts ausgedehnt werden dürfe[d]) und aus den Servitutibus amoenitatis cau-

c) Anmerkung. Ich habe dieses Gesetz in obiger Darstellung unberührt gelassen, indem uns Herr Prof. Zachariä a. a. O. §. 16. und Herr D. Schömann a. a. O. B. I. p. 383. schon hinlänglich dargethan haben, daß dieses Gesetz mit dem Systeme auch nicht im mindesten im Widerspruche stehe.

d) Anmerkung. In diesem Grundsatze kann man gewiß nur tiefe practische Weisheit finden.

sa e) belegen will. Der Autor glaubt sich zu dem Schluß berechtiget, daß diese Lehre auf keinem soliden Fundament beruhe. Daß eine Servitut aber auch in faciendo bestehen könne, will er aus der Servitus oneris ferendi in Absicht der Refection, und hauptsächlich aus den Constitutions-Arten der Servituten beweisen, indem diese eben so gut in faciendo, als in non faciendo vel patiendo errichtet werden könnte. Der Autor rechnet zu diesen servitutes faciendi unter andern auch die Zwangsrechte, und glaubt seine Schrift mit folgender Behauptung schließen zu dürfen:

> sane servitutibus faciendi non lex, sed falsa ratiocinatio obstat, ut forte non immerito huc applicari possit illud Celsi in l. 39, D. de LL. quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtendum est, in aliis similibus non obtinet f)

§. 29.

Gerhard a. a. O. geht sogleich von dem Unterschiede zwischen Servituten römischen und deutschen Ursprungs aus, die, wie er glaubt, in ihrem Wesen übereinstimmten, ob sie gleich in einigen Eigenheiten verschieden wären. Die servitutes in faciendo will nun Gerhard hauptsächlich durch

e) vid. §. 13.

f) Anmerkung. Hier muß Titius vergessen haben, daß wir allerdings in L. 15. §. 1. D. de servit. ein klares Gesetz haben, das den Servitutes faciendi geradezu entgegensteht.

Aufstellung folgender Behauptung beweisen: daß in allen Fällen, wo die rechtlichen Wirkungen einer Servitut eintreten, der Gegenstand als eine solche anzusehen sey, wenn gleich Pomponius entgegen wäre; die rechtlichen Wirkungen bey Servituten wären nämlich 1) restrictio alterius dominii, 2) participatio de alterius dominio, 3) potestas percipiendi aliquot commodum, 4) et quidem ex praedio eius, in praedium meum redundans, 5) idque petendi actione reali. Indem nun diese rechtlichen Wirkungen auch bey Servitutès in faciendo eintreten könnten, so will Gerhard solche daraus herleiten und beweisen; überhaupt behauptet er: daß die Philosophie des Pomponii eine verwirrte Scheinlehre sey. Zu den servitutes in faciendo rechnet nun Gerhard unter andern auch die Zwangsrechte, und sogar auch noch eine Servitus saltationis, den sogenannten Frohntanz zu Langenberg im Geraischen.

§. 30.

Jeder der die beyden angeführten Schriften, die ich zu Ersparung des Raums nur ganz kurz berühren konnte, mit Aufmerksamkeit selbst durchlesen will, wird bedauern müssen, daß Titius und Gerhard ihre Gelehrsamkeit und ihren Scharfsinn nicht lieber dazu angewendet haben, die schwierige und praktisch = wichtige Materie von Prädial-Servituten in ein helleres Licht zu setzen, als daß sie, durch unlogische Schlüsse und unbewiesenen Tadel, jene Lehre in einen dunkeln Nebel verhüllten und unkenntlich machten.

§. 31.

Da L. 15. §. 1. D. de servit., weder den Worten noch dem Sinne nach, einiger Dunkelheit unterworfen ist, so bedurfte es hier weder einer grammatischen noch logischen Interpretation, und die geehrten Autoren haben diesen Weg auch nicht betreten.

Der Zweck ihrer Schriften mußte daher darinne bestehen:

I) entweder wollten sie das oft angeführte Gesetz mit der Fackel der Philosophie beleuchten;

II) oder sie wollten uns blos zeigen, daß wir in Deutschland sogenannte Servitutes in faciendo haben.

§. 32.

Im ersten Falle wollten sie

a) entweder blos am Leitfaden des Naturrechts die Deduction liefern, daß eine Servitut oder dergleichen Real-Lasten eben sowohl in faciendo als non faciendo vel patiendo, errichtet werden könnten.

Auf welche Schwierigkeiten die beyden Autoren bey einem rein naturrechtlichen Beweise gestoßen seyn könnten, wollen wir dahin gestellt seyn lassen.

Bey diesem Beweise konnten sie es aber nicht mit der positiven Rechtswissenschaft zu thun haben. Es kann et-

was der Natur nach möglich seyn, diese bloße **Möglichkeit** benimmt aber dem positiven Gesetze weder seine Kraft, noch seine Weisheit und Vortrefflichkeit. — Noch weit weniger durften die oftgenannten Autoren, bey einer solchen naturrechtlichen Beleuchtung, ihren Lieblingssatz selbst wieder aus der positiven Rechtswissenschaft, nämlich aus den positiven Constitutions-Acten und aus den rechtlichen Wirkungen der Servituten, herleiten wollen.

Wollten aber Titius und Gerhard von naturrechtlichen Principien abstrahiren, und wollten sie uns blos darthun, daß, wenn man den Grundsatz, servitus in faciendo non consistit, absichtlich bey Seite setzen, wenn man das eigentliche Wesen der Prädial-Servituten nicht streng im Auge behalten, sondern absichtlich aus den Augen verlieren will, daß alsdann aus einem sonstigen willkührlichen Begriff und aus den sonstigen Wirkungen von Servituten, auch Servitutes in faciendo hergeleitet und usurpirt werden könnten; so würden uns die geehrten Autoren nichts anders gesagt haben, als was Pomponius ohne Zweifel auch schon geahnet und befürchtet hat, sonst würde er den oft berührten Grundsatz nicht noch ausdrücklich für nöthig, sondern für höchst überflüssig gehalten haben.

§. 33.

Da indessen aus den beyden angeführten Schriften des Titius und Gerhard kein rein-philosophischer Forschungsgeist hervorleuchtet, so wollten sie ohne Zweifel

b) das Gesetz: servitus in faciendo non consistit, einer philosophisch-juristischen Kritik unterwerfen, den Grund des Gesetzes und dessen Zusammenhang mit der Natur der Sache untersuchen, und alsdann dessen praktische Vortheile oder Nachtheile, dessen praktische Nothwendigkeit oder Unzulässigkeit prüfen und darlegen.

In wiefern sie uns nun den Weg der Natur und der positiven Gesetzgebung erleuchtet oder blos verblendet haben, zeigt der Gang ihrer Untersuchung.

§. 34.

Obgleich Titius und Gerhard einigermaßen verschiedene Wege eingeschlagen, so kommen sie doch darinne überein, daß sie beyde unlogische Deductions-Wege betreten haben, daß sie aus der Folge den Grund, aus der Wirkung die Ursache, und aus dem Hypothetischen das Absolute widerlegen und umstoßen wollten.

§. 35.

Titius glaubt der L. 15. D. de servit. eine schmerzliche Wunde beyzubringen und die servitutes faciendi dadurch zu begründen, indem er weitläuftig zu beweisen sucht, daß diese durch die nämlichen Constitutions-Arten errichtet werden können, als wie die servitutes in patiendo vel non faciendo.

Bey einem solchen Räsonnement scheint aber Titius nicht berücksichtigt zu haben, daß die Constitutions-Arten

keineswegs erst aus den gesetzlichen Principien von Prädial-Servituten systematisch fließen, daß folglich aus denselben auch keine consequente Folgerungen in Beziehung oder gar in Widerspruch mit den gesetzlichen Principien der Materie selbst, hergeleitet werden können; daß vielmehr die Constitutionsweise von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen de modo acquirendi eigentlich blos entlehnt, und, so wie bey allen Rechtsgegenständen, auch bey Servituten in Anwendung gebracht werden, insofern sie mit den gesetzlichen Principien der Lehre selbst in Uebereinstimmung stehen können.

Wer daraus, daß eine Servitut inter vivos, ultima voluntate et praescriptione errichtet werden kann, Schlüsse ziehen will, die die gesetzlichen Principien der Materie selbst in Schatten stellen sollen, der begehet, um mich kurz auszudrücken, sehr unlogische Sprünge.

§. 36.

In diesen Fehler ist auch Gerhard verfallen, wenn er aus den **Wirkungen** die Servitutes in faciendo deduciren wollte.

Insofern er aber von positiv-rechtlichen Wirkungen ausging, so hätte er auch nicht unbemerkt lassen sollen, daß dies blos bedingte, aus dem gesetzlichen Begriff und Princip der Sache fließende Folgesätze sind, die nur insofern wirkende Kraft haben, **weil** sie aus dem Gesetz eo ipso folgen, und **insofern** sie mit demselben in genauer Ue-

bereinstimmung, niemalen aber in Widerspruch stehen können.

Es hätte daher unserm Gerhard nicht entgehen sollen, daß aus diesen Wirkungen, als bedingte Folgesätze, consequenter Weise, keine solchen Schlüsse gezogen werden können, die mit dem gesetzlichen Begriff und Princip im geraden Widerspruch stehen, oder denselben gar derogiren sollen.

Ja diese ganze Deduction des Gerhard hängt nicht einmal gehörig zusammen, denn ich wäre wohl begierig, wie die von ihm angegebenen rechtlichen Wirkungen einer Servitut: restrictio alterius dominii, participatio de alterius dominio, auf die Zwangs- und Banngerechtigkeiten passen sollten, die man doch als servitutes in faciendo darstellen wollte?

Ueberdies hätte Gerhard bey den rechtlichen Wirkungen der positiven Gesetze, von denen er doch im Grunde ausging, nicht unbemerkt lassen sollen, daß sich diese auf Seiten des domini praedii servientis im Leiden oder Nichtthun äußern, und alsdann möchte das Resultat ganz anders ausgefallen seyn.

Wenn man freylich vom gesetzlichen Begriff und Princip einer Sache absichtlich abstrahiren will, so möchte es ein leichtes seyn, aus sonstigen rechtlichen Wirkungen solche Schlüsse ziehen zu können, die dem Princip selbst geradezu entgegen stehen. Auf solchen Deductionswegen könnte uns die iurisprudentia das ius weg disputiren.

Wollte aber Gerhard blos von naturrechtlichen Grundsätzen ausgehen und ein naturrechtliches Resultat liefern? So mußte er auch, wie ich schon oben bemerkt habe, von positiven Rechtsgrundsätzen ganz, nicht aber blos zum Theil und nicht nach Convenienz abstrahiren.

§. 37.

Diese Deductionen, aus den Constitutionsarten und aus den rechtlichen Wirkungen der Servituten, die servitutes in faciendo herleiten zu wollen, sind, nach meiner Meinung, in den beyden angeführten Schriften diejenigen blendenden Erörterungen, die einer kurzen Gegenbeleuchtung bedurften.

Die übrigen, in die römische Rechtslehre einschlagenden Bemerkungen der oft genannten Autoren sind theils schwankende Ansichten, die von neuern Rechtsgelehrten hinlänglich erörtert und widerlegt sind, theils eben so unverdiente als unerwiesene Ausfälle auf die römische Rechtswissenschaft, die daher auch keiner besondern Widerlegung bedürfen. Daß aber in der römischen Lehre von Prädial-Servituten weder etwas Unvernünftiges und Inconsequentes, noch etwas Unbilliges und Unpraktisches enthalten ist, dieserhalb glaube ich auf obige Zusammenstellung der römischen Grundsätze hinweisen zu dürfen.

§. 38.

Wenn es mir aber erlaubt ist, meine unvorgreifende Meinung über die angeführten Schriften im allgemeinen zu

äußern; so zolle ich zwar der Gelehrsamkeit und dem Scharfsinne des Titius u. Gerhard alle Achtung; ich kann aber auch nicht bergen, daß sie mich im beharrlichen Glauben an das Gesetz um so weniger wankend gemacht haben, jeweniger sie, nach meiner Meinung, denjenigen systematisch-philosophischen Weg eingeschlagen haben, der allein dazu geeignet ist, um das Gesetz zu erläutern, mit praktisch-philosophischen Blicke zu prüfen, dessen Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit zu zeigen, und dadurch der gesetzgebenden Behörde zur Hand zu gehen, etwas besseres an die Stelle der bisher bestandenen zu sanctioniren.

Diese Forderungen (die, wie ich glaube, jeder zu erfüllen sich wenigstens bestreben muß, der sich dazu berufen glaubt, irgend eine Legislation, insbesondere eine uns zunächst praktisch betreffende Gesetzgebung zu kritisiren, zu tadeln und zu emendiren) diese Forderungen scheinen Titius und Gerhard bey ihrer Kritik der römischen Lehre von Servituten nicht vor Augen gehabt zu haben, sie konnten daher auch diese Rechtsmaterie weder berichtigen noch erweitern, und in wiefern mancher durch die Blendlaterne falscher Schlüsse irregeleitet worden seyn mag, lasse ich dahin gestellt seyn.

§. 39.

Wenn Titius und Gerhard das ehrwürdige Gesetz nicht blos mit unschicklichen Invectiven, sondern mit der ihm gebührenden Würde hätten behandeln und beleuchten, wenn sie uns daher ein dankenswerthes Resultat hätten ge-

ben wollen; so hätten sie, meines Erachtens, ganz andere Wege einschlagen müssen.

Ich will damit nicht sagen, daß sie die bestrittene Lehre aus sublimen Abstractionen hätten deduciren sollen. Die Gesetzgebung ist ein irdisches Wesen, das seinen ersten Grund immer in der Erfahrung, in einem gewissen praktischen Bedürfniß hat; und wenn daher die beyden geehrten Autoren auf den natürlichen Ursprung und Grund der Dienstbarkeiten hätten zurückgehen wollen, so würden sie ohne Zweifel gefunden haben, daß diese Prädial-Servituten im Grunde aus einer nachbarschaftlichen oder paßlichen Lage der Grunstücke, nach welcher eines dem andern an sich Vortheil gewähren kann, entstanden seyn müssen. Wenn sie nun dieses Rechts-Verhältniß und die darauf gebauten römischen Gesetze einer philosophisch-praktischen Beleuchtung, mit consequenten Schritten, Punkt für Punkt unterwerfen hätten wollen, wenn sie, das Naturrecht in der einen — und das römische Gesetzbuch in der andern Hand, Billigkeit und strenges Recht auf der Wage praktischer Philosophie genau und unpartheiisch abgewogen hätten, so wäre ich wohl begierig, zu welchen Resultaten Titius und Gerhard gelangt wären, und ob sie z. B. die eben so bittere als oberflächliche Behauptung: daß der Grundsatz, servitus in faciendo non consistit, nicht auf Vernunft, sondern auf Irrthum und falschen Vernunftschlüssen beruhe, wirklich bewiesen haben würden?

§. 40.

Nach meiner innigen Ueberzeugung müßten aber die beyden geehrten Autoren, auf gründlichem Wege, auch auf

ganz andere Resultate gekommen seyn. Sie würden gefunden haben, daß die römische Rechtslehre von Servituten, weit entfernt der natürlichen Billigkeit zu widersprechen, vielmehr jenes ganze Rechtsverhältniß mit großer praktischer Weisheit zu leiten versteht, und daß sie weise Schranken setzt, damit die Eigenthumsrechte nicht allzusehr und auf eine zwecklose, unvernünftige Weise, oder gar zur persönlich-drückenden Last ganzer Generationen eingeschränkt werden können; denn die Aufrechthaltung der natürlichen Freiheit möchte wohl weit mehr, als die Einschränkung derselben, auf die billige Handhabung und auf den vorsichtigen Schutz des weisen Gesetzgebers Anspruch machen dürfen.

Diejenigen, die den Grundsatz: servitus in faciendo non consistit, mit so vieler Bitterkeit, als unbillig und unpraktisch darstellen wollten, würden daher im Gegentheil, in diesem einzigen Grundsatze einen ganzen complexus von praktischen Billigkeiten entdecken können, wenn sie mit Kaltblütigkeit und Gründlichkeit zu Werke gehen wollten.

Ja die Erfahrung und Praxis selbst müßten sie in ihrem vermeintlichen Billigkeits-Drange irre machen, denn ihre sogenannten servitutes in faciendo, als zum Beyspiel die Zwangs- und Banngerechtigkeiten, die Frohndienste und, ähnliche Prästationen, werden wahrhaftig meines Wissens, als wohlthätige, den Vortheil des Staats, die Industrie und den allgemeinen Wohlstand befördernde Rechts-Verhältnisse nirgends gepriesen, ganz im Gegentheil sucht man allenthalben solche servitutes in faciendo

mit Weisheit zu mildern und zu mindern, wenn es gleich die Rechtlichkeit erfordert, allen wohlerworbenen Rechten und Gerechtigkeiten den gesetzlichen Schutz angedeihen zu lassen.

Warum will man aber in solchen Fällen, wo selbst die tägliche Erfahrung für das römische System spricht, dasselbe unkenntlich machen, und durch Scheinschlüsse als unbillig und unpractisch wegdisputiren.

§. 41.

Ich lasse der Gelehrsamkeit und dem Scharfsinne des Titius und Gerhard alle Gerechtigkeit widerfahren. Wenn sie sich und andere aber persuadiren wollten, die römische Lehre von Servituten in ihren Grundfesten als unvernünftig und unpractisch dargestellt zu haben, so sind sie im Vertrauen auf sich selbst offenbar viel zu weit gegangen, vielmehr haben sie uns jenen Beweis überall nicht geführt.

Wollten sie uns aber blos belehren, (vid. §. 31.) daß wir in Deutschland Rechtsverhältnisse haben, die mit römischen Servituten einige entfernte Aehnlichkeit haben, die auch wohl Dienstbarkeiten, Dienste genannt werden, die jedoch, dem römischen Princip zuwider, in positiven Handlungen bestehen, die überhaupt von dem eigentlichen Wesen der römischen Prädial-Servituten gänzlich verschieden sind, deren Rechtsgrundsätze folglich nicht auf jene anwendbar, sondern die ihrer eignen Natur nach rechtlich beurtheilt werden müssen; so würden uns Titius und Gerhard wahrscheinlich sehr schätzbare Beyträge und Aufschlüsse gegeben haben.

Zu dieser Belehrung würde es aber keiner eben so anmaßenden als ungründlichen Widerlegung der römischen Grundsätze von Prädial-Servituten bedurft haben, deren practische Vortrefflichkeit von der Existenz jener ursprünglich deutschen Rechtsverhältnisse eben so unabhängig als diese in die römische Lehre von Servituten unpassend, vielmehr nach den, ihrer Natur angemessenen Rechtsgrundsätzen, zu beurtheilen sind.

§. 42.

Dieß führt mich dem Ziele meiner Abhandlung näher, um nämlich, wider Titius, Gerhard und ihre Anhänger, darzulegen, daß unsere deutschen Zwangs- und Bannegerechtigkeiten nicht zu den Prädial-Servituten gerechnet werden können; welcher Beweis, nach der bisherigen Erörterung, leicht und kurz seyn wird.

§. 43.

Die Prädial-Servituten beruhen eigentlich auf einem paßlich-nachbarschaftlichen Verhältnisse zweyer Grundstücke. Es kann hier folglich nur von solchen, aus der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke an sich fließenden Vortheilen die Rede seyn, und daher erklärt sich der oft mit vieler Bitterkeit als unpraktische Subtilität angetastete Grundsatz, praedium praedio servit, sehr natürlich und von selbst. Die römischen Gesetze von Servituten sind offenbar dahin gerichtet, um jenen aus der Natur fließenden Begriff desto fester zu halten und alle Mißbräuche und Verzerrungen möglichst zu verhüten. Dahin gehören unstreitig die Gesetze:

daß dem praedio dominanti nothwendig ein Vortheil erworben werden, daß die causa perpetua seyn müsse, daß die Servitut nicht über den Nutzen des herrschenden Guts ausgedehnt werden dürfe, daß sie nicht in faciendo bestehe; welches schon daraus folgt, daß der Vortheil im praedio selbst liegen muß, und die Consequenz, die praktische Wichtigkeit und Vortreflichkeit dieses Grundsatzes, so wie der ganzen Lehre überhaupt, läßt sich ohnmöglich verkennen.

Man kann daher füglich sagen, daß bey den Prädial-Servituten ein Grundstück dadurch dient: daß die eine oder die andere aus dem Eigenthumsrechte fließende Freyheit oder Befugniß des Besitzers in einen passiven Zustand restringirt, daß folglich auch die jedesmalige Gewährung des Vortheils von seiner Person oder Mitwirkung gänzlich unabhängig ist.

§. 44.

Im Gegensatz von Prädial-Servituten beruhen die Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten auf gewissen Kunst- oder Industriemäßigen Anstalten, deren Unternehmung die Veranlassung gegeben haben mag, daß Individuen oder ganze Gemeinden oder Districte, in Absicht sonst willkührlicher Handlungen an diese Kunst- oder Industriemäßigen Anstalten gebunden oder gezwungen sind.

Bey diesen Zwangs- und Banngerechtigkeiten findet folglich auch nicht die geringste Einschränkung der Grund-Eigenthumsrechte und Befugnisse, sondern im Gegentheil eine Einschränkung der actuum merae facultatis statt.

§. 45.

Nach diesen, wie ich glaube, richtigen Gränzlinien, wäre ich wohl begierig, wie man die Zwangsrechte in die Rubrik von Prädial-Servituten systematisch ordnen könnte? indem beyde Materien, schon ihrer Natur nach, auf ganz verschiedenen Principien beruhen, und ganz entgegengesetzte Resultate hervorbringen.

§. 46.

Bekanntlich sind die Real-Servituten ohne ein praedium dominans und ohne ein praedium serviens undenkbar, angenommen auch, daß das Grundstück eines Zwangspflichtigen das praedium serviens wäre, so bleibt es mir immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen und mit demselben in Beziehung stehen soll? Nicht zu gedenken, daß bey diesen von Prädial-Servituten unzertrennlichen Grundsätzen, die Zwangsberechtigten selbst sich höchlichst beschwert und beeinträchtigt glauben würden, wenn man z. B. bey Schenk- Brau- Brennerey- 2c. Gerechtigkeiten, die Zwangspflicht auf die Grundstücke, folglich auf deren Eigenthümer restringiren wollte. Es können zwar einzelne Individuen, einzelne Höfe, Vorwerke 2c. namentlich und ausdrücklich dem Zwange unterworfen seyn. In der Regel ist es aber weit richtiger, daß die Pflichtigen, nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen sind, wie denn auch diejenigen; die keinen Zoll breit Grundeigenthum besitzen, an denselben, wenn sie nicht besondere Exemption für sich haben, gleichfalls gebunden sind.

Wie wenig die Basis der Servituten, nämlich das Verhältniß der Grundstücke und der aus einem derselben an sich fließende Vortheil, bey Zwangs-Gerechtigkeiten in Rücksicht kommt, wie wenig folglich beyde Materien übereinstimmen, wie sehr sie vielmehr entgegengesetzt sind, sieht man noch deutlicher aus folgendem.

Bey den Servituten entsteht für den Berechtigten daraus ein Vortheil, daß der Belästigte etwas leiden muß oder nicht thun darf. Der jedesmalige sich aus einer Servitut ergebende Vortheil ist folglich lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis. Dieß läßt sich bey Zwangs-Gerechtigkeiten gar nicht behaupten, hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten nicht Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dießmal, vom Zwange befreyt.

Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitnng gewisser Bedürfnisse, in so fern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

Hier finden folglich gegenseitige Leistungen statt, und die Zwangs-Gerechtigkeiten beruhen daher nicht auf Unterlassungen des Belästigten, sondern auf positiven Handlungen, die ihn in actibus merae facultatis persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken.

§. 47.

Diese wenigen Bemerkungen werden schon hinreichend seyn, um den Contrast zwischen Prädial-Servituten und Zwangsgerechtigkeiten zu zeigen. — Beyde Materien beruhen auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, auf so entgegengesetzten Grundsätzen, daß sie augenscheinlich in ihren Folgerungen und Resultaten unmöglich übereinstimmen können. Es kann daher auch nicht im geringsten auffallen, daß sie in dem wesentlichen Grundsatze, servitus in faciendo non consistit, geradezu entgegengesezt sind.

Nach meiner Ueberzeugung können folglich die Zwangs- und Banngerechtigkeiten keineswegs als Prädial-Servituten angesehen und als solche rechtlich beurtheilt werden. Durch ein chaotisches Zusammenwerfen beider Materien würden die größten Widersprüche in der Theorie, und daraus fließende schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in praxi unvermeidlich seyn; welches man alsdann der römischen Rechtslehre, die so oft der Sündenbock seyn muß, nach löblicher Gewohnheit, zur Last zu legen pflegt, ohne zu bedenken, daß man dergleichen theoretische Dissonanzen und daraus fließende praktische Mißgriffe, mit Haaren herbey gezogen hat.

§. 48.

Zwangs- und Banngerechtigkeiten sind ursprünglich als Polizeyrechte anzusehen, welche der Staat oder die Landesherren zu den Zeiten, wo Industrie und Cultur noch we-

nig ausgebreitet waren, des gemeinen Bestens wegen, denjenigen ertheilten oder bestätigten, die sich um die Bewohner eines Orts oder eines Bezirks dadurch verdient machten, daß sie dieselben mit gewissen Bedürfnissen versahen g) oder daß sie gewisse, dem gemeinen Besten nützliche oder nöthige Kunst- oder Industriemäßige Anstalten errichteten. — Hier oder da mögen die Landesherren und unmittelbaren Besitzer, aus Wohlwollen für ihre Unterthanen, dergleichen Unternehmungen selbst veranstaltet, oder sie mögen sich ihrer landesherrlichen Machtvollkommenheit bedient haben, auf ihre Cameral- und Domänial- oder sonstige Privat-Grundstücke, dergleichen Zwangsrechte zu legen. — Mit Zunehmung des Luxus mag auch auf die Anschaffung mancher zur Leibesnahrung und Nothdurft der Unterthanen nicht unumgänglich nothwendiger Artikel und auf sonstige willkührliche Handlungen, aus Polizeymäßiger Vorsicht, oder aus Staatswirthschaftlichen Rücksichten mancher Zwang und Bann gelegt worden seyn.

Wie dem aber auch sey, ob diese Gerechtigkeiten durch Privat-Verträge, oder durch Verjährung, oder durch Privilegien, durch unmittelbare oder mittelbare Verleihung, durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Staats oder der Landesherren entstanden sind? so sind sie ursprünglich Polizeyrechte, und gehören zur Classe der, mit einem ausdrücklichen Zwangs- und Bann-Rechte verknüpften Real-Monopolien, wenn sie einem Grundstücke anklebig sind.

g) v. Eggers Lehrbuch des Natur- und allgemeinen Privat-Rechts und gemeinen Preußischen Rechts. Thl. 2. Bd. 1. §. 559.

§. 49.

In so fern die Bannberechtigten über die Errichtung des Zwangsrechts und über die Gelangung zu demselben Verträge aufzuweisen haben, so giebt allerdings der Vertrag den Maaßstab zwischen Recht nnd Pflicht. — Uebrigens sind dergleichen Zwangs-Gerechtigkeiten als wohl hergebrachte Rechte zu schützen und billiger Weise zu handhaben. — Als hergebrachte Polizeyrechte können sie jedoch nicht anders, als wie hergebrachte Real-Monopolien angesehen und beurtheilt werden.

§. 50.

Die weitern Folgerungen fließen aus den dahin einschlagenden Rechtsgrundsätzen von selbst, und die Festsetzung einer practischen Norm würde desto größern Schwierigkeiten unterworfen seyn, jemehr die verschiedenen Staats- und Landes-Gesetze und die Maximen der Regierungen hierin von einander abweichend und verschieden sind, und jemehr es bey Beurtheilung von Privilegien und Monopolien auf Lokal-Verhältnisse, und auf die daraus fliessende größere oder geringere Nothwendigkeit, Nützlichkeit oder Schädlichkeit ankommt.

Den Gränzen dieser Abhandlung gemäß, muß es mir genügen, den Contrast zwischen Prädial-Servituten und Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten dargelegt, und letztere, allen etwaigen Privat-Verträgen und allen wohlhergebrachten Rechten ohnnachtheilig, ihrer eigenen Natur gemäß, dargestellt zu haben.

§. 51.

Wenn man mir einwenden will, daß in ältern Zeiten die Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten hauptsächlich auch dadurch entstanden seyn könnten, daß die Leibeigenen und Guts-Unterthanen z. B. an die herrschaftlichen Brauereyen, Brantweinbrennereyen, Mühlen u. s. w., vermöge ihrer Unterthänigkeit, gebunden gewesen wären; so will ich diese Behauptung nicht widerstreiten, und sie widerlegt obige Grundsätze nicht im geringsten.

§. 52.

Seit langer Zeit hat man sogar die Frohndienste einer vorzüglichen Aufmerksamkeit und Aufsicht, ja oft einer mehr politischen als rechtlichen Prüfung unterworfen.

In sofern diese Frohnen nicht in der Leibeigenschaft gegründet sind, so hat die Dienstpflicht der freyen Bauern mit der Lehns-Dienstpflicht einerley Ursprung und Grund; nämlich, Ueberfluß an Ländereyen, welche zu bauen man gern andern überließ, und Mangel an umlaufendem baaren Gelde, womit die Benutzung pachtweise hätte vergolten werden können, sodann eigenes Bedürfniß solcher Dienste bey der gutsherrschaftlichen Landwirthschaft und die noch sehr geringe Zahl einer für Geld dienenden Menschenclasse h).

Dieses Rechtsverhältniß beruhet folglich auf einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Bilateral-Contract,

h) Runde Privatrecht §. 491.
Danz Handbuch des Deutschen Privatrechts §. 491.

do ut des vel facias; oder, gieb uns Land und Gut, wogegen wir Dienste versprechen. — Ich kann daher unmöglich mit denjenigen übereinstimmen, die in den bäuerlichen Diensten ein bloßes Product der Barbarey, willkührliche Unterdrückung und die schreyendsten Ungerechtigkeiten erblicken wollen. — Es können allerdings Mißbräuche und Uebertreibungen eingeschlichen seyn, im Grunde aber sind die Nichtleibeigenen Bauern i) die auf ihren Gütern haftenden Dienste und Lasten als Aequivalent des eigenthümlichen Besitzes schuldig.

Wenn gleich die Berechtigten, gegen billige Entschädigung oder Abkommen mit den Unterthanen, diesen Diensten entsagen würden, so würde wahrscheinlich eine solche Veränderung (so sehr sie wenigstens in so weit zu wünschen ist, in so weit ungemessene oder gar unmäßige Dienste für das Ganze nicht von förderlichem Einfluß seyn mögen) besonders in denjenigen Ländern, wo die Landwirthschaft der großen Güter hauptsächlich durch die sogenannten Hofedienste, oder Roboten betrieben wird, zweckmäßig nur mit Vorsicht, nach und nach oder mit billigen, das Interesse aller berücksichtigenden Modificationen zu bewerkstelligen seyn.

i) Sachsenspiegel B. 3. Art. 42. §. 5. Es folget nicht, daß alle Diener eigen seyn? Dies löst also: „etliche Dienstbarkeit lieget auf einen Mann also, daß er dienen muß, und diese sind eigen. Etlicher Leut Dienstbarkeit aber liegt allein auf ihrem Gut, also daß wer dasselbige Gut hat, muß davon dienen, darumb' ist ein Unterscheidt zu halten, zwischen den eigenen und Dienstmannen.“

§. 53.

Wenn man aber selbst solche, aus Besitz und Eigenthum schuldige Real-Verbindlichkeiten für drückend, für Industrie und Erwerb schädlich hält; wenn die Väter des Vaterlandes auf Minderung, Milderung oder gar Auflösung dieser Verhältnisse, auf dem Wege der Billigkeit und Gerechtigkeit, bedacht sind; so möchte die Bezwängung und Bannung der rerum merae facultatis noch weit mehr einer Beherzigung verdienen. — Es ist hart, wenn das Urtheil, im Schweiß deines Angesichts sollst du dein Brod essen, noch dadurch geschärft wird, daß der arme Unterthan und Bauer, in Anschaffung der nothwendigsten und täglichen Bedürfnisse, nicht allein an ein gewisses Individuum lästiger Weise gezwungen, sondern auch häufig an die gewinnsüchtige Willkühr des Zwangsberechtigten gebannt seyn soll.

§. 54.

Ich will zwar nicht unbedingt unterschreiben, was Mevius k) unter andern von Zwang-Mühlen sagt:

> ut subditi in molendinis dominorum molere cogantur, alienum est et a iure communi, quod nunquam inter regalia, seu Imperii iura id retulit, et a consuetudine Germaniae generali et a moribus provinciae specialibus, et a ratione, quae nec Supperioribus coercitionem permittit sine delicto, aut coarctationem libertatis sine necessitate Reipublicae.

k) Mevius, Decis. 60.

Diese Grundsätze des großen Rechtsgelehrten sind zu rein-philosophisch, als daß sie sich allgemeinen und cameralistischen Beyfall versprechen dürften.

In so fern aber dergleichen Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten nicht zur gemeinen Wohlfahrt, in so fern sie etwa zum persönlichen Druck, Last und Nachtheil der Mitbürger gereichen können, (wobey allerdings sehr viel auf Lokal-Verhältnisse ankommen mag) so verdienen sie um so weniger eine besondere Vergünstigung, je mehr die Sitte, worauf sie sich beziehen, unserm Zeitalter fremd geworden ist, und je mehr sie, in mancher Hinsicht, schädliche Folgen für Industrie und Erwerb haben.

Alle Zwangs- und Banngerechtigkeiten werden wenigstens rücksichtlich der Ausübung, billig und nöthig, einer strengen und wachsamen Aufsicht der Policey unterworfen.

§. 55.

Mit dem schonensten Gefühl und mit aller Achtung gegen wohlerworbene Rechte, muß doch jeder Menschenfreund dergleichen Einschränkungen (besonders wenn sie die Anschaffung und Zubereitung nicht bloßer Luxusartikel, sondern täglicher unentbehrlicher Nahrungsbedürfnisse betreffen) eben so lästig als für die gemeine Wohlfarth wenigstens unnöthig finden; und in unserm Zeitalter der Aufklärung und Humanität dürfen wir auch hierin von den Berechtigten selbst billige Bereitwilligkeit zu einer solchen Abänderung hoffen, die auf Schätzung der Menschenrechte einer — und auf Achtung gegen einmal hergebrachte Rechte anderer Seits beruht.

Nachträgliche Bemerkung.

Diese kleine Schrift war schon unter der Presse, als mir Herrn Doctors Pfeiffer Vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts, zu Gesicht kamen, woraus ich ersehen habe, daß sich derselbe im vierten Stücke seiner schätzbaren Aufsätze über den vorliegenden Gegenstand gleichfalls, jedoch auf eine von meiner unvorgreifenden Meynung sehr abweichende Weise, geäußert hat. Herr Doctor

Pfeiffer hält nämlich die Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten für Servituten, aber für negative Servituten, im Gegensatze von der bisherigen herrschenden Meynung, nach welcher man sie für servitutes in faciendo gehalten hat. Herr Doctor Pfeiffer leitet seine aufgestellte Behauptung im wesentlichen daraus her: indem der Bannberechtigte zwar ein ius prohibendi, aber keineswegs ein ius cogendi habe, er könne z. B. den Pflichtigen nicht nöthigen, durchaus bey ihm Bier zu kaufen, er könne ihn blos abhalten, daß er kein Bier bey einem andern kaufe. Es bestehe mithin die Bann-verbindlichkeit lediglich in non faciendo, und werde solchergestalt dadurch eine wahre servitus negativa begründet.

So oft jedoch das Zwangsrecht eintritt, so äußert sich die Zwangsverbindlichkeit nicht

in patiendo vel non faciendo, sondern in positiven Handlungen in faciendo.

Abgesehen übrigens von aller Eintheilung in affirmative, negative und in faciendo bestehen sollende Servituten, bin ich, nach vorstehender kleinen Abhandlung, der unvorgreifenden Meynung, daß die Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten gar keine Servituten sind oder seyn können; und ich bitte, diesen meinen kleinen Versuch blos als die Grundlinien, nicht aber als eine vollendete Ausführung eines Gegenstandes, der allerdings viel weitläuftiger behandelt werden könnte, anzusehen.

Diese kurze nachträgliche Bemerkung glaubte ich dem geneigten Leser, den diese Materie vielleicht interessirt, schuldig zu seyn.

um den ohnstreitig scharfsinnigen Aufsatz des Herrn Doctors Pfeiffer etwa gleichfalls nachlesen und mit meiner unvorgreifenden Ansicht vergleichen zu wollen.

Einige Verbesserungen.

S. 6. Z. 17. von oben, statt κατ᾽ ἐξοχὴν lies κατ᾽ ἐξοχήν.
S. 8. Z. 6. v. unten, statt Wie übrigens ꝛc. l. Wenn übrigens ꝛc.
S. 13. Z. 1. v. unten, statt nachbarlichen lies nachbarschaftlichen.
S. 14. Z. 1. v. unten, statt Hugos juristischen Magazin lies Hugos civilistischen Magazin.
S. 15. Z. 2. v. unten, statt Cammentar lies Commentar.
S. 16. Z. 11. von oben, statt Geietze lies Gesetze.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gebhard, Karl

Über den Unterschied zwischen Servituten und Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten

Leipzig 1807

J.rom.m. 218
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566674-1